

2 | What goes up must come down

Over de methode van het (Europees) privaatrecht

A.J. Kwak [■]

1 INLEIDING

Het primaire doel van de oprichting van de Europese Gemeenschap in 1957 was het instellen van een gemeenschappelijke, ‘interne’ markt. Men durfde er destijds nog niet van te dromen, maar het verwijderen van alle hindernissen die het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal¹ belemmerden, impliceert volgens velen ook het realiseren van een uniform civielrechtelijk regime dat deze interne markt reguleert. In de afgelopen decennia zijn stap voor stap de binnengrenzen verdwenen. Inmiddels wordt de handel niet langer belemmerd door douanebeambten die (niet alleen) de handel veel tijd en geld kosten, er kan zelfs inmiddels alweer meer dan tien jaar met een gemeenschappelijke munt worden betaald.² Anno 2011 achtte de Europese Commissie de tijd rijp om op grond van art. 114 VWEU aan het Europees Parlement en aan de Raad een voorstel (voor een verordening) te doen om deze interne markt in de nabije toekomst ook van een uniform Europees Kooprecht te voorzien.³ Een paar jaar eerder, in 2009, verscheen het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), waarin een internationale studiegroep de *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* presenteert.⁴ Wat een halve eeuw geleden een utopische droom leek – en wat een twintigtal jaar daarvoor zelfs voor volstrekt onmogelijk werd gehouden – is met deze documenten een heel concreet onderwerp van debat geworden. Een debat op veel verschillende speelvelden. Er woedt een politiek debat over de wenselijkheid en politieke

■ A.J. Kwak is universitair docent bij de afdeling encyclopedie en rechtsfilosofie, Universiteit Leiden.

1 Vgl. art. 26 VWEU.

2 Op 11 december 2012 is het Europees parlement akkoord gegaan met een uniform Europees octrooirecht (na bijna veertig jaar onderhandelen). Dit betekent dat een octrooi niet meer in alle lidstaten van de EU afzonderlijk hoeft te worden aangevraagd en levert een enorme kostenbesparing op. Daarmee is nog een obstakel opgeruimd op weg naar een vrije interne markt in de Unie.

3 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM (2011) 635.

4 C.Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München: Sellier European law publishers 2009.

haalbaarheid van deze verdere integratie en juristen twisten over de wenselijkheid en gepastheid van de beginselen, algemene begrippen en concrete rechtsregels die nu ter discussie voorliggen.⁵ In deze bijdrage wil ik een meer theoretische vraag aan de orde stellen: volgens welke (rechtswetenschappelijke) methode komen we in een juridisch zo divers gebied als de huidige Europese Unie eigenlijk tot een gemeenschappelijk privaatrecht?

2 HET STANDAARDBEELD VAN RECHTSWETENSCHAP

Het antwoord op deze vraag lijkt voor de hand te liggen: we verzamelen alle relevante wetgeving en jurisprudentie van de lidstaten, analyseren dit materiaal grondig op zoek naar de meest algemene begrippen, beginselen en regels in de hoop dat deze voldoende overeenkomsten vertonen om als uitgangspunt te dienen voor het afleiden van een systeem van regels dat vervolgens als een gemeenschappelijk privaatrecht kan gelden. Het DFCR is inderdaad het product van rechtsvergelijkend onderzoek waarin de leerstukken van verschillende Europese stelsels zijn geanalyseerd op zoek naar overeenkomsten en verschillen. Men werkte niet ‘top down’ van vastgestelde algemene uitgangspunten en beginselen naar specifieke leerstukken en rechtsregels, maar ‘bottom up’ vanuit de gegeven regels en leerstukken van het geldende recht in de verschillende lidstaten naar wat deze op een hoger niveau van abstractie verbindt.

Het opstellen van het DFCR is bij uitstek een academisch project geweest⁶ en de werkwijze sluit ook nauw aan bij de werkwijze die in zijn algemeenheid kenmerkend is voor wetenschap: we zoeken naar de orde in een op het eerste gezicht chaotisch geheel van waarnemingen om theorieën te formuleren die we vervolgens toetsen aan weer nieuwe waarnemingen. De rechtsbronnen vormen het materiaal van de rechtswetenschapper en de wetenschappelijke bijdrage bestaat vervolgens uit het analyseren van deze gegevens aan de hand van theorieën over de beginselen, algemene begrippen en fundamentele regels die het materiaal lijken te kenmerken. Het voortdurende ‘bronnenonderzoek’ is niet alleen een voortdurende analyse van het materiaal maar ook een voortdurende toetsing van de theorie waarmee de wetenschapper orde ziet in de schijnbare wanorde. Rechtswetenschap komt tot kennis van het recht middels, wat wetenschapsfilosofisch ook wel de ‘empirische cyclus’ wordt genoemd: we induceren een theorie uit de waarnemingen waaruit we voorspellingen

5 Vgl. R. Meijer, J.A. van der Weide, P.C.J. De Tavernier & L. van der Zwart, Themanummer Het gemeenschappelijk Europees Kooprecht, *MvV* 2012, nr. 7/8; J. Smits, ‘Gemeenschappelijk Europees Kooprecht gaat niet ver genoeg’, *AA* 2012, p. 348-351.

6 C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München: Sellier European law publishers 2009, p. 6, 7

deduceren die we vervolgens toetsen aan nieuwe jurisprudentie, nieuwe leerstukken en/of wetgeving.⁷

Dit laat zich ook verbinden met een bekende opvatting van rechtsvinding: de rechter moet in moeilijke gevallen – dat wil zeggen gevallen waarin de rechtsfeiten zich niet eenduidig onder een geldende rechtsregel laten subsumeren – wetenschappelijk te werk gaan in die zin dat hij al het relevante juridische materiaal moet verzamelen en analyseren, om daar vervolgens een algemenere regel of een beginsel uit af te leiden⁸ waaruit zich vervolgens een concrete rechtsregel laat afleiden die wel eenduidig tot een beslissing kan leiden.⁹ Dit komt in feite neer op systematische interpretatie, verwant aan de redenering naar analogie:¹⁰ uit de gemeenschappelijke structuur van een wel en een niet geregeld geval wordt een algemenere regel afgeleid die vervolgens een beslissing kan voorschrijven voor alle gevallen met deze structuurkenmerken. Iets minder formeel uitgedrukt: we passen op basis van een generalisering een rechtsregel toe in een in relevante opzichten vergelijkbaar, maar niet geregeld geval. Er wordt wel gezegd dat de analogieredenering de juridische redenering bij uitstek is; vooral in de *common law* wordt voortdurend gezocht naar relevante verschillen en overeenkomsten tussen precedents en nieuwe gevallen.

Rechtswetenschappers die onderzoek doen naar de relevante verschillen en (vooral) overeenkomsten tussen de nationale civielrechtelijke regimes in Europa hebben te maken met een bijzonder divers geheel van gegevens. Alleen al de vertaalslag van de leerstukken in de *common law* naar die van de continentale *civil law* (en terug), is een veelomvattende opgave. Maar een grondige analyse van al het juridische materiaal in de hoop de verschillen op een hoger niveau van abstractie te overstijgen, lijkt de enige weg; louter filosofische reflectie zal niet *ex nihilo* een gemeenschappelijk Europees privaatrecht opleveren. Het gemeenschappelijk Europees privaatrecht zal ook niet het product kunnen zijn van politieke debatten, in het Europese parlement of welk parlement of forum dan ook. In het navolgende zal ik echter betogen dat dit enorme project nog iets complexer is dan ik het nu voorstel. Het tot nog toe geschetste beeld doet namelijk geen recht aan het feit dat het recht een fundamenteel ander karakter heeft dan het onderwerp van onderzoek van de natuurweten-

7 Dit is het 'standaardbeeld van wetenschap': uit waarnemingen van feiten (en eventueel experimenten) induceren we wetenschappelijke theorieën die 'empirische regulariteiten specificeren' waaruit we vervolgens voorspellingen over nieuwe feiten deduceren die we bijvoorbeeld middels experimenten aan nieuwe feiten toetsen. Met andere woorden, het te verklaren verschijnsel wordt logisch uit de universele wet afgeleid en dit wordt dus aangeduid als het 'deductief-nomologische model' of het '*covering law model*' van wetenschappelijk onderzoek. M. Leezenberg & G. De Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: University Press Amsterdam 2007, p. 31, 64, 65.

8 Analooq aan het ontwerpen van een theorie.

9 Vgl. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 26.

10 Vgl. W.R. De Jong, *Argumentatie en formele structuur*, Amsterdam: Boom 2005, p. 128.

schapper. Het recht is een *talig* bouwwerk en dat heeft implicaties voor de manier waarop het zich laat onderzoeken. Met behulp van de taalfilosofie van Ludwig Wittgenstein en de opvattingen van rechtswetenschap en rechtsvinding van Paul Scholten zal ik betogen dat, anders dan in de natuurwetenschap, de zekerheid die we lijken te verkrijgen door generalisering of veralgemenisering in de rechtswetenschap in belangrijke mate slechts schijnzekerheid biedt. De stelling die ik zal verdedigen is dat de zekerheid met betrekking tot de betekenis van het recht in belangrijke mate wordt bepaald door de concrete contexten waarin de regels en beginselen worden gebruikt. Rechtswetenschap abstraheert noodzakelijkerwijs van deze concrete omstandigheden maar betaalt daarvoor een prijs: de betekenis van de begrippen vervaagt, of verandert zelfs enigszins. Om deze stelling nader in te leiden zal ik eerst het idee van de rechtswetenschappelijke ‘empirische cyclus’ nader uitwerken, vervolgens zal ik dit beeld nuanceren (of compliceren) en de gevolgen voor een project zoals dat van een gemeenschappelijk Europees privaatrecht bespreken.

3 THE ONLY WAY IS UP

‘In woorden legt de wet haar wil op (...). [D]e betekenis van de woorden naar spraakgebruik staat voorop onder de gegevens van de rechtsvinding,’ schrijft Paul Scholten in zijn *Algemeen Deel*. Intuïtief begint ieder begrip van de betekenis van de wet inderdaad met het vaststellen van de betekenis naar spraakgebruik: ‘Als de wet bindend is, wat anders wil dat zeggen dan dat de uitspraak bindt, zoals de burger haar naar spraakgebruik begrijpt?’ Deze burger zal deze eis vooral in verband brengen met zijn recht op maximale helderheid en duidelijkheid van de wetgever. De wetgever dient duidelijke taal te spreken: ‘kort, zuiver, scherp’, schrijft Scholten, en vervolgens zal de burger er vanuit gaan dat de grammaticale, taalkundige betekenis van de regel, of in Scholtens woorden: ‘de betekenis naar taalgebruik’, beslissend is.¹¹

Vaak wordt gezegd dat een wettelijke regel pas interpretatie behoeft als de betekenis onduidelijk is, of als de beslissing die op grond van de letterlijke betekenis zou volgen ons rechtvaardigheidsgevoel niet bevredigt (of om een andere reden niet bevalt). We hebben de indruk dat het grammaticaal of taalkundig begrijpen van een rechtsregel niet een kwestie van interpreteren

11 Scholten, P., *Algemeen Deel*, in: T. Slootweg (red.), *Dorsten naar gerechtigheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 36 (De paginaverwijzingen komen overeen met de uitgave van de Asser-Scholten uit 1974); Vgl. Antonin Scalia: ‘Government by unexpressed intent is [...] tyrannical. It is the law that governs, not the intent of the lawgiver.’ A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Federal Courts and the Law, Princeton University Press, 1997, p. 17.

is, maar van eenvoudigweg *waarnemen*.¹² Pas als we merken dat we er met de waargenomen betekenis niet uitkomen, dan gaan we interpreteren. De verschillende interpretatiemethoden waarmee juristen vervolgens de (schijnbaar verborgen) betekenis op het spoor komen, hebben mede hierom soms een slechte reputatie. Je moet goed op je tellen passen als juristen aan het interpreteren slaan: met behulp van allerlei retorische trucs – ‘interpretatiemethoden’ – praten ze recht wat krom is. Nee, de letterlijke betekenis kan de burger tenminste zelf vaststellen, daar heeft hij geen dure jurist voor nodig.

Geef ons feiten en logica, zei David Hume, de rest is sofisterij en illusie: *Commit it to the Flames!*¹³ We bereiken maximale helderheid en duidelijkheid door in de rechtsregel alleen begrippen te gebruiken die verwijzen naar concreet waarneembare feiten en omstandigheden. In eerste instantie nemen we de betekenis van de geschreven rechtsregel waar en vervolgens zien we de concrete werkelijkheid waar de rechtsregel naar verwijst als het ware direct voor ons. Met andere woorden, zekerheid hebben we alleen als een heldere en duidelijke rechtsregel verwijst naar empirisch waarneembare, en dus verifieerbare, feiten zodat de rechter dan verder op grond van de regels en de feiten strikt volgens de wetten van de logica een beslissing kan afleiden.

Met andere woorden, geef een jurist de feiten, dan leidt hij of zij logischerwijs het geldende recht af uit de gegeven rechtsregels. Logisch zijn de wetten van het juist (geldig) redeneren, dat kan algemeen bekend worden verondersteld en de logische consistentie van een redenering kan dan ook door iedereen worden geconstateerd. Iedereen heeft bovendien wel een idee van wat een feit is.¹⁴ ‘Een feit is een gebeurtenis of omstandigheid waarvan de werkelijkheid vaststaat,’ lezen we in de Dikke van Dale. In onze dagelijkse ervaring beschouwen we bepaalde aspecten van onze waarnemingen als op de een of andere manier ‘gegeven’. Juristen werken vervolgens met een heel bepaald soort gegevens: in rechtsbronnen gegeven rechtsregels. De voor de hand liggende vraag is: is een in de wet vastgelegde rechtsregel op een vergelijkbare manier in de waarneming gegeven als het bureau onder mijn armen? Met andere woorden, kan een rechtsregel een vergelijkbaar *feit* zijn?

Wittgenstein betoogde in de *Tractatus* dat talige uitingen feiten zijn zoals alle andere feiten. En zoals we aan een donkere wolk (een waarneming van

12 Vgl. De Geest: ‘Wat nemen rechtsgeleerden waar? [...] De fenomenen die door rechtsgeleerden worden waargenomen en bestudeerd zijn rechtsregels. Zijn de waarnemingen empirisch verifieerbaar? Op zich wel.’ G. De Geest, ‘Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?’ *NJB*, Afl. 2, 9 januari 2004, p. 59

13 ‘When we run over libraries, persuaded by these principles, what havoc must we make? If we take in our hand any volume of divinity or school metaphysics, for instance, let us ask, *Does it contain any abstract reasoning concerning quantity or number?* No. *Does it contain any experimental reasoning concerning matters of fact and existence?* No. Commit it then to the flames: for it can contain nothing but sophistry and illusion.’ D. Hume, *An Enquiry concerning Human Understanding*, Chicago: Open Court Chicago Ill. 1988, p. 195.

14 ‘Wie beweert niet te weten wat een feit is die liegt’ aldus hoogleraar natuurkunde Vincent Icke in: ‘De feiten hebben het maar moeilijk’ *NRC Handelsblad* 10 juli 2012, p. 14.

een feit) kunnen zien dat het gaat regenen zo is in de taaluiting waar te nemen wat hij betekent. Maar dan wel op een andere manier. De voorspelling dat het gaat regenen doen we op grond van een theorie die is gebaseerd op eerdere waarnemingen. Wat een taaluiting betekent zien we omdat de zin een *afbeelding* is van waar zij naar verwijst. In talige uitingen worden de gedachten die de volzinnen uitdrukken zintuigelijk waarneembaar, schrijft Wittgenstein,¹⁵ en met behulp van deze gedachten wordt de werkelijkheid afgebeeld – als het ware gespiegeld – want de mens gebruikt taal om beelden van de in de waarneming gegeven feiten te vormen: ‘Wir machen uns Bilder der Tatsachen. [...] Das Bild ist ein Modell der Wirklichkeit.’¹⁶ En deze beelden zijn volgens Wittgenstein zelf ook weer feiten,¹⁷ feiten die waar zijn als ze daadwerkelijk corresponderen met de werkelijkheid die ze afbeeldt, of onwaar zijn als de uitgedrukte gedachte niet werkelijk het geval is.

Maar hoe zien we dat inktvlekken op papier een bepaalde gedachte uitdrukken? Hoe horen we dat bepaalde klanken betekenis hebben? Hoe maken we, met andere woorden, de cruciale stap van fysica naar semantiek?¹⁸ ‘Das Bild ist so mit der Wirklichkeit verknüpft; es reicht bis zu ihr,’ luidt het antwoord.¹⁹ Dat leek de jonge Wittgenstein voor de hand te liggen, de afbeelding ‘reikt’ als het ware naar datgene waar het naar verwijst. Dat vinden we in eerste instantie allemaal waarschijnlijk voor de hand liggend, deze taalfilosofie sluit nauw aan bij onze intuïties over hoe de taal werkt. Maar hoe de taal precies met de werkelijkheid verbonden raakt door naar haar te ‘reiken,’ is het centrale probleem in het filosofische werk van de ‘late’ Wittgenstein en hij formuleert in zijn latere werk een heel ander antwoord op deze vraag, een antwoord dat overigens grote consequenties heeft gehad voor onze opvattingen over taal.

Maar eerst terug naar het recht want de afbeeldingstheorie van taal laat zich goed verenigen met het idee dat duidelijke taal van de wetgever – ‘kort, zuiver, scherp’ – maximale objectiviteit en voorspelbaarheid oplevert voor de burger. De rechtsregel specificiert de feiten die (alternatief of cumulatief) tot een bepaald rechtsgevolg leiden; deze specificatie van de rechtsfeiten kan worden gezien als een afbeelding waarin een gedachte wordt uitgedrukt die verwijst naar feiten in de werkelijkheid. Waarheidsvinding door de rechter dient ertoe vast te stellen of dit ook daadwerkelijk het geval is want dan is dit deel van de zin waar en kan de rechter concluderen dat het rechtsgevolg moet intreden.

15 L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Werkausgabe Band 1, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1984, stelling 3.

16 Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1984, stelling 2.1 en 2.12.

17 Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1984, stelling 2.141.

18 Vgl. J.R. Searle, *Intentionality, An essay in the philosophy of mind*, Cambridge: Cambridge University Press 1983, p. 161.

19 Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1984, stelling 2.1511.

‘Everything could be known, something could be done and specified in advance by rule. This would be a world fit for ‘mechanical’ jurisprudence.’²⁰

We zouden de rechtspraak verder aan computers kunnen overlaten: je voert de gegevens van de zaak in en de computer ‘berekent’ de beslissing die zal volgen op grond van het programma dat bestaat uit het systeem van geldende rechtsregels. Het ontwikkelen van de benodigde computersoftware biedt echter een mooie metafoor voor een opvatting van rechtsvinding die niet onaannemelijk is. *Dabo mihi factum, dabo tibi ius*, en dat is precies wat de computer zal doen. De computer zal echter geen enkele beslissing genereren als het programma niet consistent is, als er tegenstrijdigheden in het programma zitten. In computertermen: de software moet ‘integer’ zijn, een programma waarin fouten zitten noemen we ‘corrupt’ want het zal willekeurige antwoorden geven op rechtsvragen.

Maar wat voor de computer geldt, geldt ook voor het recht. In de analyse van een afzonderlijk geval aan de hand van een afzonderlijke regel verwijst de regel onwillekeurig boven zichzelf uit naar het systeem van regels waar het deel van uitmaakt. Maar dat betekent dat onder de oppervlakte van de betekenis naar spraakgebruik, de betekenis van het rechtssysteem als geheel een doorslaggevende rol speelt: ‘De uitlegging naar het spraakgebruik wijst boven zich zelf uit, zij voert vanzelf tot de systematische,’ schrijft Scholten.²¹ Als het systeem niet integer is, dan zijn de afzonderlijke regels die deel uitmaken van het systeem niet eenduidig toepasbaar op concrete gevallen. De nadruk verschuift van de grammaticale interpretatie naar de systematische interpretatie; centraal komt nu het idee van ‘law as integrity’: de noodzaak om het recht als een coherent, systematisch geheel te over- en doorzien om de betekenis van de regel in het individuele geval te kunnen vaststellen.²²

Op grond van de eis van rechtszekerheid (en dus objectiviteit) komen we op het belang van rechtseenheid in de zin van integriteit. Rechtseenheid blijkt *vooraf* te gaan aan rechtszekerheid: de integriteit van het systeem als geheel is fundamenteel.²³ Veel van de instituties van het recht, instituties die op andere terreinen van de samenleving vaak als onwenselijk worden beschouwd, laten zich verklaren met behulp van dit belang van eenheid in de zin van integriteit. Zo is de rechtspraak hiërarchisch georganiseerd onder het gezag

20 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1961, p. 125.

21 Scholten 2010, p. 38

22 ‘Einen Satz verstehen, heißt eine Sprache verstehen,’ schrijft Wittgenstein in zijn *Logische Untersuchungen* en daarmee tekent zich een breuk af met zijn vroege werk waarin hij nog uitging van een zogenaamde ‘atomaire’ theorie van betekenis. De betekenis van afzonderlijke zinnen wordt volgens de Wittgenstein van de *Untersuchungen* niet bepaald door de specifieke feiten buiten de taal waar de taal naar ‘reikt,’ maar in eerste instantie door de gehele taal waar de zin deel van uitmaakt. Wittgenstein en Scholten delen daarmee het uitgangspunt van het betekenisholisme dat tot orthodoxie is geworden in de twintigste-eeuwse taalfilosofie. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1984, p. 344 (§ 199).

23 R. Dworkin, *Law’s Empire*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1986.

van één hoogste instantie die met name tot taak heeft de rechtseenheid te bewaken.²⁴ Het verklaart ook mede waarom de Europese rechtsorde tot zulke hoofdbrekens heeft geleid in juridische kringen (en daarbuiten natuurlijk ook). De hoeveelheid rechtsregels is zo groot dat het nauwelijks meer te overzien is, chaos dreigt. Als Europa bovendien een schip blijkt te zijn met verschillende kapiteins, dan verwordt de Europese rechtsorde tot een wanorde. Niet integer recht is een casino waar willekeur hoogtij viert, hoe helder en duidelijk afzonderlijke rechtsregels ook zijn.

Rechtswetenschap wordt algemeen geacht hier een belangrijke taak te hebben en de methode die juristen hanteren om de integriteit van het systeem te bewaken laat zich als 'formalistisch' kenmerken.²⁵ We werken ons als het ware een weg van binnenuit het positieve recht naar 'buiten' door de gegeven juridische materialen te analyseren om daaruit (inductief) tot de algemene begrippen, fundamentele onderscheidingen en beginselen te komen die het hele systeem informeren en tot een systematische eenheid maken. Van de werkvloer, waar de afzonderlijke rechtsregels hun werk doen en waar beslissingen worden genomen, stijgen we als het ware op naar de eigenschappen van het systeem waar deze regels en beslissingen deel van uitmaken. We kunnen uiteindelijk zelfs zicht krijgen op de 'logische grondbegrippen' of 'categorieën' van het recht, volgens Scholten. Dan zijn we uitgekomen bij de begrippen en onderscheidingen die ieder rechtssysteem karakteriseren.²⁶

Deze logische grondbegrippen en categorieën hebben de hoogste graad van abstractie; ze zijn universeel in die zin dat ze alle rechtssystemen ordenen. Als we op dit niveau van de analyse zijn aanbeland dan hebben we ons losgemaakt van de inhoud van ieder afzonderlijk positief rechtssysteem. Dit is ook de *common ground* die vergelijking tussen verschillende rechtsordes mogelijk maakt. Met de ontdekking van deze 'axioma's' of eerste beginselen zijn we aanbeland bij de categorieën

24 Vgl. R. Vining, *The authoritative and the authoritarian*, Chicago and London: The University of Chicago Press 1986.

25 Meetkunde (en wiskunde meer in het algemeen) of logica hebben betrekking op een systeem van relaties tussen concepten, 'relations between ideas' zoals Hume schreef, en niet over de correspondentie tussen concepten en de feitelijke (fysieke) werkelijkheid. Formalisme houdt de rechtswetenschap het ideaal van de '*more geometrico*' voor, een methode die ook de moderne filosofie van Verlichtingsdenkers als Descartes, Hobbes en Spinoza heeft geïnspireerd. De rechtswetenschap kan een autonome en objectieve wetenschap zijn als het zich richt op de analyse van de juridische begrippen en onderscheidingen in een poging daarin het onderliggende systeem te zien, of, met andere woorden, de diepere structuur te ontdekken. De autonomie en de objectiviteit van deze wetenschap wordt gegarandeerd door het feit dat het tot resultaten kan leiden die op geen enkele manier afhankelijk zijn van de feitelijke werkelijkheid. Richard Posner: 'Abstracting from particulars is an essential part of science; so in a sense, all science [...] is formalist. [...] The prestige of true formalisms is part of the reason why so many judges and legal scholars aspire to make law a formalist discipline.' R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge Mass., Harvard University Press 1990, p. 16, 40, 54, 61.

26 Scholten 2010, p. 45, 47, 56.

‘die de mens volgt bij zijn rechtsschepping. [...] Die vinden we overal terug: veeleer dan resultaat van vergelijking en generalisering van de inhoud van rechtsregelingen van verschillende landen en tijdstippen, maakt het bestaan dezer categorie zulk een vergelijking [...] eerst mogelijk.’²⁷

We zijn boven de concrete inhoud – ‘substantie’ – van ieder afzonderlijk positief rechtssysteem uitgestegen en aangekomen bij de universele (wellicht zelfs eeuwige) structuur – ‘vorm’ – van het recht. Dit onderzoek naar, in de eerste plaats, de vormen of categorieën van het recht en de hoogste rechtsbeginselen die het hele systeem een normatieve geldingskracht geven, is de taak van wat Scholten de rechtstheorie noemt. De rechtswetenschapper houdt zich op een iets concreter niveau van analyse bezig met de consistentie van het positieve recht.

Voorstellen om tot een uniform Europees Kooprecht te komen en de genoemde *Draft Common Frame of Reference* geven gehoor aan de roep om eenheid en consistentie – aan helderheid en duidelijkheid – in de Europese rechtsorde als geheel en in de verschillende nationale rechtsordes die deze omvat.²⁸ Deze taak is niet eenvoudig, we weten dat veel begrippen en leerstukken in de Engelse *common law* geen equivalent hebben in de continentale *civil law* en daarmee in feite onvertaalbaar zijn. Andersom zal bijvoorbeeld het fundamentele begrip van de ‘rechtshandeling’ in Engeland de nodige vraagtekens oproepen. Om de begripsverwarring te boven te komen is er een grondige analyse nodig van de verschillen en overeenkomsten tot op het niveau van theoretische vragen met betrekking tot de precieze functie en werking van een dergelijk begrip in het systeem.²⁹ We vinden in het DCFR inderdaad de ‘juridical act’ terug: ‘A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effects as such.’ (Art. II. - 1:101(2)) Vanuit een Nederlands perspectief is dit verradelijk helder en duidelijk geformuleerd, maar hoe leest een common law jurist dit? Ik wil hier later op terugkomen.

Kijken is vergelijken, maar vergelijken vereist gemeenschappelijke grond. Appels en peren zijn fruit, zonder dit generieke begrip als overeenkomstige categorie zijn appels en peren (zoals het bekende gezegde wil) onvergelijkbaar. De categorieën van het recht maken de vergelijking tussen de rechtsordes mogelijk, schrijft Scholten. Zonder overeenkomsten zien we geen verschillen; we hanteren dus abstracte algemene begrippen – universalia – om zicht te krijgen op de verschillen vanuit de overeenkomsten. Het ligt dus voor de hand om middels rechtsformalistisch onderzoek tot een eenvormig Europees privaatrecht te komen.

²⁷ Scholten 2010, p. 57, 58.

²⁸ Vgl. R. Meijer, J.A. van der Weide, P.C.J. De Tavernier & L. van der Zwart, Themanummer Het gemeenschappelijk Europees Kooprecht, *MvV* 2012, nr. 7/8.

²⁹ R. Rijgersberg & H. Van der Kaaij, ‘A Plea for a Rigorous Conceptual Analysis as Central Method in transnational Law Design’, *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs* 2013 (3) 1, p. 48-60.

recht te komen. Plato wees ons tweeëneenhalf duizend jaar geleden al de weg: *the only way is up*.

4 WHAT GOES UP MUST COME DOWN

‘Einen Satz verstehen, heißt eine Sprache verstehen,’ schrijft Wittgenstein in de *Logische Untersuchungen* en daarmee bevestigt hij het betekenisholisme dat we ook bij Scholten tegenkwamen. ‘Eine Sprache verstehen, heißt, eine Technik beherrschen,’ vervolgt hij in dezelfde paragraaf. Een taal is een techniek en dat komt van het Griekse woord τέχνη, wat in het Grieks zoveel betekent als ‘kunst.’ In zijn algemeenheid verwijst het woord tegenwoordig naar de bewerkingen, verrichtingen en vaardigheden die nodig zijn om iets tot stand te brengen, lezen we in Van Dale. Techniek betekent dus iets met behulp van kunstgrepen maken of doen. Met andere woorden, een taal is een instrument, een middel dat we gebruiken om dingen tot stand te brengen. Nu is het een kleine stap naar de beroemde uitspraak van Wittgenstein dat de betekenis van een taaluiting bepaald wordt door het specifieke gebruik van deze taaluiting:

‘Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.’³⁰

Het lijkt triviale constatering, maar dat is schijn want hiermee kantelt het beeld van taal en haar betekenis zoals dat in de *Tractatus* werd gepresenteerd. De correspondentietheorie van waarheid stelt de taal voor als een spiegel: afzonderlijke zinnen zijn afbeeldingen van standen van zaken. In zijn *Untersuchungen* beschrijft Wittgenstein de taal niet langer als een ‘spiegel van de natuur’³¹ maar als een gereedschapskist met daarin een zeer divers geheel van gereedschappen. Taal is er niet om de werkelijkheid te spiegelen, maar om allerlei dingen mee te doen. Met andere woorden, taal is *handelen* en in deze passages ligt de oorsprong van de theorie van taalhandelingen zoals die door Austin en door Searle op zeer invloedrijke wijze is uitgewerkt.³² De betekenis van taaluitingen wordt in hoge mate bepaald door wat we met deze specifieke taaluiting willen bewerkstelligen of bereiken. Wat de bedoeling is, wordt vaak pas duidelijk door de context waarin deze taaluiting wordt gedaan. Deze wending is volgens velen de doodsteek voor iedere vorm van formalisme.³³ Dat vergt echter wat nadere uitleg.

30 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1984, p. 262 (§ 43).

31 Vgl. R. Rorty, *Philosophy and the mirror of nature*, Princeton: Princeton University Press 1979.

32 J.L. Austin, *How to do things with words*, Oxford: Clarendon 1962; J. Searle, *Speech Acts*, An essay in the philosophy of language, Cambridge UK: Cambridge University Press, 1969.

33 S. Fish, *Doing what comes naturally, Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke: Duke University Press 1989, p. 7.

Hoe maken we de cruciale stap van de fysica naar de semantiek? Oftewel in de termen van Wittgenstein: hoe 'reikt' de taaluiting naar iets buiten zichzelf? In het zoeken naar een antwoord op deze vraag verschuift de nadruk van grammaticale en systematische interpretatie nu naar teleologische interpretatie. Met de analyse van taal als gereedschapskist is de vraag namelijk geworden: wat is de achterliggende intentie, ofwel de *telos* van de taaluiting?³⁴ Met andere woorden, wat is de bedoeling die achter de taaluiting schuilgaat? Ik gebruik deze laatste uitdrukking niet willekeurig want de cruciale vraag die we met betrekking tot dit *telos* kunnen stellen is: hoe *zien* we die bedoeling? In *Philosophische Grammatik*³⁵ komt een fundamenteel probleem in beeld.³⁶

We zien of horen de taaluiting en stellen vast waar deze naar verwijst, maar de intentie om te verwijzen of wat we met deze taaluiting nog meer precies willen doen, is *niet* gegeven in onze waarneming van de taaluiting. Het *waarom?* is echter cruciale informatie, we kunnen de precieze betekenis niet vaststellen als we niet zien wat een taalgebruiker precies aan het doen is. Interessant is dat Wittgenstein in de *Grammatik* constateert dat van 'buiten gezien', oftewel vanuit een extern perspectief, de taaluitingen 'dood' zijn, dood in die zin dat ze geen enkele intentionele gerichtheid hebben. Toch weten we in de meeste gevallen feilloos waar zij op gericht zijn. We weten precies wat de intentie is die de taaluiting, als het ware, tot leven wekt. We activeren blijkbaar onwillekeurig en onbewust een complex geheel van *achtergrondkennis* over de precieze intentionaliteit van taaluitingen. Informatie die de taaluiting laat 'reiken' naar iets buiten zich zelf.³⁷ Zonder dat we het ons bewust worden, 'zien' we aan de specifieke context waarin deze plaatsvindt, wat deze taaluiting precies voor taalhandeling is en dus wat er wordt bedoeld, wat de bedoeling is.

Wittgensteins beroemde analyse van het regelbegrip biedt een goede illustratie.³⁸ Het regelbegrip is voor juristen natuurlijk van fundamenteel belang, maar het belang gaat dieper omdat niet alleen het beheersen en gebruiken van de taal van het recht, maar het spreken van een taal volgens Wittgenstein überhaupt het volgen van regels impliceert. Om die reden besteedt hij ook een belangrijk deel van de *Philosophische Untersuchungen* aan de vraag hoe wij die regels van het taalgebruik precies leren. Het uitgangspunt is weer de taalfilosofie van de *Tractatus*: de taal is een spiegel van de natuur, in die zin dat een grammaticaal welgevormde zin een afbeelding van een stand van zaken betreft waar de taal als vanzelf naar lijkt te reiken. Maar hoe zien we aan een taaluiting die een regel uitdrukt dat het een regel is? Oftewel, hoe

34 Dit laatste begrip komt van ὁ ὕμῳ dat 'doel' betekent en dat in de Aristoliaanse metafysica verwijst naar de doelloorzakelijkheid als één van de vier oorzaken (*causae*) van ieder afzonderlijk zijnde.

35 Een werk dat in het oeuvre van Wittgenstein gerekend wordt tot de middenperiode.

36 Wittgenstein, *Philosophische Grammatik*, 1984, p. 143, 144.

37 Vgl. Wittgenstein, *Über Gewissheit*, 1984, p. 113-257.

38 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, p. 343-356 (§§ 198-242).

zien we dat de bedoeling van de taaluiting is dat hetgeen wordt uitgedrukt verwijst naar een bepaalde manier van doen en dat het een uitnodiging betreft om de instructie al dan niet na te volgen?

Dit is, kortom, de kern van het probleem: hoe nemen we waar dat een uitspraak een regel uitdrukt en dus *normatief* is? Die bedoeling is meestal op een of andere mysterieuze manier vanzelfsprekend voor competente taalgebruikers, maar is strikt genomen niet in de taaluiting waarneembaar. Neem bijvoorbeeld de volgende zin die een regel uitdrukt: 'Als het stoplicht op rood staat dan stoppen alle weggebruikers en wachten tot het weer op groen springt.' Met deze regel wordt geen causale wetmatigheid uitgedrukt, dat blijkt als er ineens een auto door rood rijdt. Niemand concludeert dan dat de hypothese is gefalsifieerd en het geen wet is dat weggebruikers stoppen voor een rood verkeerslicht. Het gaat niet om een causale maar om een normatieve regel, dat begrijpt iedereen. Maar dit blijkt niet uit de formulering, we weten dit gewoon. Wittgensteins punt is dat ons gehele taalgebruik door dergelijke normatieve grammaticale en andere regels wordt beheerst; regels die niet zichtbaar zijn in de feitelijke taaluitingen. Onder het spreken over feiten, gaat dus een complex geheel van normen schuil en we moeten heel veel over menselijke intenties weten voordat we taalhandelingen als zodanig kunnen begrijpen. Het werk van de late Wittgenstein gaat voor een belangrijk deel over de stilzwijgende, impliciete achtergrondkennis en specifieke vaardigheden die nodig zijn om te kunnen zien wat iemand aan het doen is als hij zich talig uitdrukt. Dit vergt mensenkennis in de meest algemene zin van het woord; het vergt namelijk kennis en begrip van wat mensen zoal doen, hoe ze dat doen en vooral ook waarom ze dat doen.

Sterker nog, het zien wat iemand precies bedoelt, vergt vooral kennis van wat mensen *gezamenlijk* doen. Een regel volgen is niet iets dat een individu in afzondering van anderen kan doen. Het is iets dat individuen pas kunnen doen als ze in bepaalde praktijken en instituties zodanig zijn gesocialiseerd dat het hun tweede natuur is geworden en ze dus weten wat over het algemeen de bedoeling is. Het volgen van de specifieke regels die de referentie bepalen, vergt het zichtbaar oftewel waarneembaar volgen daarvan door leden van de gemeenschap. Alleen het concrete handelen conform regels in een bepaalde praktijk biedt concrete criteria voor het vaststellen van de referentie. Dat zijn de feiten waar we mee te maken hebben: concrete menselijke gedragspatronen binnen concrete praktijken en instituties. Taal is een geheel van menselijke instituties.³⁹ Dit punt is relevant voor formalistische rechtswetenschap. Maar voordat ik conclusies trek, wil ik eerst nog een voor juristen interessant onderscheid introduceren.

Zoals betoogd, zijn de vereiste kennis en vaardigheden voor een belangrijk deel relatief aan een specifieke en concrete taalgemeenschap. Voor een deel

39 J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press 1995.

worden ze echter wel degelijk gedeeld door de mensheid als geheel. John Searle onderscheidt twee soorten achtergrondkennis die nodig zijn om de intentionaliteit van taalhandelingen te 'zien'. In de eerste plaats is er de 'lokale achtergrond' of de 'lokale culturele praktijk' waarin een belangrijk deel van onze taalhandelingen een specifieke betekenis krijgen. In de tweede plaats is er wat Searle noemt de 'diepe achtergrond' die aan de lokale achtergrond voorafgaat. Het leren van een taal vereist achtergrondkennis en vaardigheden van de mens als biologisch wezen; om de intentionaliteit te 'zien' moet je enig begrip hebben van onze biologische eigenschappen, behoeften en capaciteiten.⁴⁰ Zonder deze kennis is het volstrekt onduidelijk wat de bedoeling van menselijk gedrag is, en dus ook van de taal die hij daarbij gebruikt.⁴¹

'Differences in local Background make translation from one language to another difficult; the commonality of deep Background makes it possible at all.'⁴²

Voorzover het recht vitale menselijke (biologische) functies dient, laat het zich tot op zekere hoogte vrij probleemloos naar alle andere talen van alle andere menselijke taalgemeenschappen vertalen. Het begrijpen van dit deel van het recht vergt in beginsel niet veel meer dan de bovengenoemde 'diepe' achtergrondkennis. Een groot deel van het recht, zeker in complexe moderne samenlevingen, vergt echter een complex geheel van 'lokale' kennis en vertaling wordt hier als gevolg van de cultuurverschillen moeilijker. Bovendien weten we dat de betekenis van afzonderlijke regels mede bepaald wordt door het systeem als geheel, waarmee ook met betrekking tot de universele aspecten subtiele betekenisverschillen zullen optreden.

Neem het begrip 'juridical act' in het DCFR dat ik eerder al als voorbeeld aanhaalde. Rijgersberg en Van der Kaaij betogen dat dit begrip twee niet met elkaar te verenigen interpretaties toelaat hetgeen een reële bedreiging vormt voor de consistentie en integriteit van het systeem van het DCFR vooral voor wat betreft het overeenkomstenrecht. In het consensuele model, dat in het Nederlandse recht gehanteerd wordt, gaan we er van uit dat de overeenkomst tot stand komt door middel van een tweezijdige rechtshandeling, bestaande uit het aanbod en de aanvaarding daarvan. Beide partijen willen hetzelfde: een overeenkomst. De overeenkomst is, met andere woorden, het product van consensus, oftewel een wilsovereenkomst. De omschrijving van het begrip juridical act laat volgens de auteurs echter ook een interpretatie op grond van de common law opvatting over de totstandkoming van de overeenkomst toe. In feite is het consensuele model al behoorlijk abstract, de partijen willen

40 Searle, *Intentionality*, p. 144.

41 We delen onze biologische natuur overigens met veel andere dieren, waardoor we ook van veel dieren kunnen zien wat ze aan het doen zijn.

42 J.R. Searle, *The Rediscovery of the Mind*, Cambridge Mass.: The MIT Press 1992, p. 194; Vgl. Wittgenstein: 'Die gemeinsame menschliche Handlungsweise ist das Bezugssystem, mittels dessen wir uns eine fremde Sprache deuten.' *Philosophische Untersuchungen*, p. 346 (§ 206).

immers concreet heel verschillende dingen. Het ‘bargaining model’ uit de *common law* gaat er vanuit dat de aanbieder de wederpartij de mogelijkheid wil bieden (als het ware bevoegd wil maken) om zijn aanbod te aanvaarden. Degene die het aanbod aanvaardt wil de verbintentenissen die volgen uit het sluiten van de overeenkomst. Welk model ligt ten grondslag aan het begrip ‘juridical act’ in het DFCR? We kunnen voorzien dat men aan weerszijden van het Kanaal geneigd zal zijn van een andere interpretatie uit te gaan. Maar ook binnen civil law jurisdicties zal er op twee manieren naar worden gekeken en dat kan tot verschillende uitkomsten leiden.⁴³

Binnen rechtsfamilies zal de taalverwarring minder groot zijn dan in de gevallen waarin men de instituties (waaronder de rechtsregels) van een wezensvreemde rechtsfamilie probeert te doorgronden. Een belangrijk punt is echter dat we voor goed begrip niet naar het vreemde recht *in abstracto* moeten kijken, maar zicht moeten krijgen op het *concrete gebruik* en de toegepaste intenties van het recht. Maar dat is nog niet alles. We krijgen pas echt zicht op deze concrete dimensie als we de maatschappelijke *contexten* waarin concrete juridische beslissingen worden genomen, gehandhaafd en gevolgd enigszins begrijpen. We moeten zicht krijgen op de manieren waarop, in de woorden van Paul Scholten, ‘de in het maatschappelijk leven zich vertonende stromingen en strevingen het best hun doel bereiken.’⁴⁴ Deze stromingen en strevingen zijn complex, veranderlijk en tot op zekere hoogte inherent tegenstrijdig; dat is kortom, de doodsteek voor iedere vorm van formalisme.

5 CONCLUSIE

Het centrale begrip in het tweede deel van het betoog was steeds het woord *concreet*: betekenis wordt pas helder en duidelijk als we voldoende (achtergrond)kennis hebben van de (collectieve) bedoelingen van concrete mensen in concrete dagelijkse praktijken en instituties. Uit de context blijkt meestal voor de goede verstaander – voor de *insider* oftewel de goed ingevoerde deelnemer – heel duidelijk wat de betekenis van het handelen is. Wetenschap is abstraheren; dat wil zeggen, abstraheren van deze specifieke contexten naar algemene begrippen, onderscheidingen en relaties waarbij onvermijdelijk en onwillekeurig betekenisverlies optreedt. Dat is de keerzijde indien men probeert

‘van het bijzondere op te klimmen naar het algemene in een poging om met zo abstract mogelijke begrippen het rechtssysteem te beheersen,’

43 R. Rijgersberg & H. Van der Kaaij, ‘A Plea for a Rigorous Conceptual Analysis as Central Method in Transnational Law Design’, *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs* 2013 (3) 1, p. 48-60.

44 Scholten 2012, p. 119.

zoals Scholten schrijft.⁴⁵ Hoe hoger de graad van abstractie, hoe onbepaalder de betekenis van de begrippen en beginselen die als object van onderzoek worden geanalyseerd.⁴⁶ Het gevaar is, kortom, dat de betekenis volledig losgezongen raakt van de dagelijkse praktijk van het gebruik van de taal, en daarmee van het recht. Of beter gezegd, de betekenis wordt onbepaalder *omdat* het losgezongen raakt van de concrete contexten waarin deze begrippen worden gebruikt. Sterker nog, je kunt er zelfs van uit gaan dat de specifieke wetenschappelijke praktijk zelf ook een concrete context is waarin de begrippen weer een specifieke betekenis krijgen die weer afwijkt van die op de (spreekwoordelijke) werkvloer. Dat is een gevaar dat een formalistisch Europees privaatrecht-project bedreigt: de uniformiteit op het hoogste niveau van abstractie lost de diversiteit niet op, maar verhuult deze slechts. Als het na de klim naar de categorieën van het recht terugkomt in de praktijken die het recht wil ordenen dan zullen deze verschillen onverbiddelijk weer de kop op steken.

Maar mist er niet iets aan deze analyse? Het recht is toch niet alleen een talig geheel van instituties, maar ook een *normatieve* orde die door de daartoe bevoegde overheden aan de samenleving wordt opgelegd? Dat is waar natuurlijk. Een rechtsorde is in belangrijke mate een *top down* orde, en het lijkt er dus op dat in het betoog tot nog toe de verhoudingen zijn omgedraaid: moet het recht de burger volgen? Of moet de burger het recht volgen? Er is hier sprake van een spanningsveld. Aan de ene kant moet het recht aansluiten bij de bestaande gebruiken en praktijken om überhaupt enige rol te kunnen spelen, maar we hebben, aan de andere kant, niet voor niets een geheel van democratische instituties gecreëerd om de samenleving niet zozeer te volgen als wel de wet voor te schrijven. Het recht reflecteert dan niet de maatschappelijke orde maar *creëert* deze met behulp van de macht van de overheid. De democratische instituties en procedures rechtvaardigen vervolgens dat de samenleving door de wetgever in dit keurslijf wordt geperst. Maar het is duidelijk dat – afgezien van het feit dat we in de Europese institutionele orde nog steeds kunnen spreken van een democratisch tekort – de uniformerende werking van het Europees recht haar natuurlijke grens vindt in de *begrijpelijkheid* van de regels die aan de verschillende Europese samenlevingen wordt opgelegd. Omdat recht talig is.

⁴⁵ Scholten 2010, p. 56.

⁴⁶ Vranken toont zich in het (nieuwe) *Algemeen Deel* ook kritisch: 'Aan uiteenzettingen die het recht nemen, uitleggen en analyseren zoals het is, blijft behoefte bestaan, maar onvermijdelijk zijn ze nogal vlak en gepolijst. Daarom dienen ze te worden aangevuld met beschouwingen die de andere kant van het recht belichten, dit wil zeggen het recht tonen in al zijn weerbaarheid, beperktheid en innerlijke tegenstrijdigheid.' J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 139.

